



Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP
Colección Textos de Jurisprudencia - Universidad del Rosario

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP

Directores

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO - José Antonio MORENO RODRÍGUEZ

Comité Científico

Jean-Michel ARRIGHI (Washington)	Erik JAYME (Heidelberg)
Bernard AUDIT (París)	Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Ginebra)
Jürgen BASEDOW (Hamburgo)	Herbert KRONKE (Heidelberg)
Geneviève BASTID-BURDEAU (París)	Claudia LIMA MARQUES (Porto Alegre)
George A. BERMANN (Nueva York)	Hans VAN LOON (La Haya)
Michael Joachim BONELL (Roma)	Ricardo L. LORENZETTI (Buenos Aires)
Andrea BONOMI (Lausana)	Djamshid MOMTAZ (Teherán)
Nuria BOUZA VIDAL (Barcelona)	Rui Moura RAMOS (Coimbra)
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (La Haya)	Horatia MUIR WATT (París)
Yves DAUDET (París/La Haya)	Yuko NISHITANI (Fukuoka)
Yves DERAIS (París)	María Blanca NOODT TAQUELA (Buenos Aires)
Franco FERRARI (Verona/Nueva York)	Didier OPERTTI BADÁN (Montevideo)
Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Montevideo)	Arturo OROPEZA GARCÍA (México)
Henry S. GABRIEL (Nueva Orleans)	Pilar PERALES VISCASILLAS (Madrid)
Emmanuel GAILLARD (París)	Leonel PEREZNIETO CASTRO (México)
Alejandro M. GARRO (Nueva York)	Luiz Otávio PIMENTEL (Florianópolis)
H. Patrick GLENN (Montreal)	Mónica PINTO (Buenos Aires)
Roy GOODE (Oxford)	Luca RADICATI DI BROZOLO (Milán)
Horacio GRIGERA NAÓN (Washington)	Julio César RIVERA (Buenos Aires)
Ronald HERBERT (Montevideo)	Roberto RUIZ DÍAZ LABRANO (Asunción)
Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN (Caracas)	Jorge SÁNCHEZ CORDERO (México)
Jean-Michel JACQUET (Ginebra)	Symeon SYMEONIDES (Salem)

Responsables de edición de la colección

Paula M. ALL

Caroline KLEINER

Juan Manuel VELÁZQUEZ GARDETA

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

Autores

Rafael Francisco ALVES
Yas BANIFATEMI
Roque J. CAIVANO
Antonias DIMOLITSA
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
Emmanuel GAILLARD
João Bosco LEE
Fernando MANTILLA SERRANO
Luca G. RADICATI DI BROZOLO
Eduardo SILVA ROMERO

Asistente de edición

Lucie CHATELAIN



Colección Textos de Jurisprudencia



biblioteca de derecho
de la globalización

© 2013 Editorial Universidad del Rosario

© 2013 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia

© 2013 Emmanuel GAILLARD, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, Rafael Francisco ALVES, Yas BANIFATEMI,
Roque J. CAIVANO, Antonias DIMOLITSA, João Bosco LEE, Fernando MANTILLA SERRANO, Luca
RADICATI DI BROZOLO, Eduardo SILVA ROMERO

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Primera edición: Bogotá, D. C., abril de 2013

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Rodigo Díaz Lozada

Diagramación: Martha Echeverry P.

Diseño de cubierta: Lucelly Anaonas

Impresión: Estrategikmente Ltda.

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 Tel: 297 0200 Ext. 7724

editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Cuestiones claves del arbitraje internacional / Rafael Francisco Alves y otros autores; directores Emmanuel Gaillard y diego P. Fernández Arroyo. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. CEDEP. 2013.

282 p. (Colección Textos de Jurisprudencia Universidad del Rosario; biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP))

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Derecho internacional / Arbitramento / Arbitramento internacional / Tribunales internacionales / Conflictos internacionales / Relaciones internacionales / I. Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. Cedep / II. Alves, Rafael Francisco / III. Banifatemi, Yas / IV. Caivano, Roque J. / V. Dimolitsa, Antonias / VI. Lee, Joao Bosco / VII. Mantilla Serrano, Fernando / VIII. Radicati Di Brozolo, Luca G. / IX. Silva Romero, Eduardo / X. Gaillard, Emmanuel, director / XI. Fernández Arroyo, Diego P., director / XII. Chateain, Lucie / XIII. Título / XIV. Serie

341.522

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Marzo 6 de 2013

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia

Printed and made in Colombia

Contenido

Cuestiones claves del arbitraje internacional	
Introducción	1
<i>Emmanuel GAILLARD / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. El auge del arbitraje	1
II. Las razones y objetivos de esta publicación	3
III. El contenido de este libro	4
IV. El libro y la evolución del arbitraje en América Latina	8
 Las representaciones del arbitraje internacional	 11
<i>Emmanuel GAILLARD</i>	
I. Introducción	11
II. La noción de representación y su aplicación al arbitraje internacional	13
III. Tres representaciones del arbitraje internacional	17
IV. El ordenamiento jurídico arbitral	21
 La selección del árbitro y su obligación de independencia	 33
<i>Fernando MANTILLA-SERRANO</i>	
I. Introducción	33
II. La selección del árbitro	34
III. La independencia del árbitro respecto de las partes	40
IV. La independencia del árbitro respecto de los abogados de las partes	47
V. Comentarios finales	53
 La “extensión” de la cláusula compromisoria a los no signatarios	 55
<i>Antonias DIMOLITSA</i>	
I. Introducción	55
II. La referencia circunstancial por parte de los árbitros a la existencia de consentimiento	56

III. Una paradoja judicial sobre la existencia del consentimiento: el caso <i>Dallah</i>	70
IV. Conclusión	79
La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina?	81
<i>Yas BANIFATEMI</i>	
I. Introducción	81
II. La doble dimensión del principio de competencia-competencia	83
III. La regla de prioridad temporal en América Latina	87
IV. Conclusión	108
Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica	111
<i>João Bosco LEE / Rafael Francisco ALVES</i>	
I. Introducción	111
II. El poder del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	113
III. Las medidas cautelares y las relaciones entre los tribunales arbitrales y el Poder Judicial	120
IV. Conclusiones	132
La renuncia a los recursos	133
<i>Roque J. CAIVANO</i>	
I. Introducción: la interacción entre el arbitraje y el Poder Judicial	133
II. Funciones judiciales de apoyo	136
III. Funciones judiciales de control sobre el arbitraje	140
IV. La renuncia a los recursos contra el laudo	143
V. Conclusión	163
De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas	165
<i>Eduardo SILVA ROMERO</i>	
I. Introducción	165
II. De la confidencialidad implícita a la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional	169
III. De la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional a la transparencia implícita en el arbitraje internacional de inversiones	178
IV. Conclusión	187

Las normas imperativas y el arbitraje internacional	189
<i>Luca G. RADICATI DI BROZOLO</i>	
I. La prevalencia de la autonomía de las partes en la legislación contemporánea de arbitraje: ¿Un lugar para las normas imperativas?	189
II. La arbitrabilidad de las normas imperativas	192
III. La revisión por parte de los tribunales de los laudos arbitrales que aplican normas imperativas en los procedimientos de nulidad y de ejecución	194
IV. Los árbitros y las normas imperativas	212
V. Conclusión	221
Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral	225
<i>Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. Introducción	225
II. ¿Existe la doctrina del precedente en el arbitraje?	231
III. ¿Pueden tenerse en cuenta los precedentes en el arbitraje?	240
IV. ¿Deberían tenerse más en cuenta los precedentes en el arbitraje?	251
V. Comentarios finales	261
Abreviaturas	263

Autores

Rafael Francisco ALVES

Abogado de L.O. Baptista, Schmidt, Valois, Miranda, Ferreira, Agel Advogados en São Paulo. Licenciado y máster en Derecho Procesal por la *Universidade de São Paulo* y LLM por la *New York University*. Fue consejero adjunto en la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en París. Fue jefe de gabinete de la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de la Justicia de Brasil y profesor y coordinador de investigaciones de la Escuela de Derecho de la *Fundação Getulio Vargas* de São Paulo. Fue director y es actualmente coordinador regional del *Comitê Brasileiro de Arbitragem* y miembro de la Comisión de Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá.

Yas BANIFATEMI

Socia del estudio Shearman & Sterling LLP en París, donde integra el grupo de arbitraje internacional y lidera la práctica en materia de Derecho internacional público. Doctora en Derecho por la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)* y LLM por la *Harvard University*. Es consejera y abogada de Estados y empresas públicas y privadas. Participa habitualmente como abogada y como árbitro en arbitrajes *ad hoc* e institucionales (CIADI, CCI, LCIA, SCC, CRCICA, etc.), tanto comerciales como de inversiones. Imparte el taller de *Written Skills in International Arbitration* en el *Institut d'Etudes Politiques* de París (Sciences Po).

Roque J. CAIVANO

Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de las materias Contratos, Sociedades, y Formas Alternativas de Resolución de Conflictos en la Universidad de Buenos Aires, y presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial. También enseña la última de esas materias en cursos de posgrado de las universidades argentinas de El Salvador, Austral, Di Tella, Siglo 21 y San Andrés. Es gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, árbitro independiente y

abogado consultor especializado en arbitraje. Es autor de cuatro libros y más de cien artículos publicados en revistas jurídicas especializadas de varios países.

Antonias DIMOLITSA

Socia de A. Dimolitsa & Associates, Grecia, y vicepresidenta del *icc Institute of World Business Law*. Se graduó en Derecho en la Universidad de Atenas y realizó un posgrado en la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)*. Miembro de varias instituciones, asociaciones y comités de arbitraje y autora de innumerables artículos sobre arbitraje internacional. Ha desempeñado los roles de presidenta, árbitro único, coárbitro y abogado en numerosos arbitrajes internacionales, según los reglamentos de la CCI, la LCIA, el Cepani y la CNUDMI. Ha presidido dos comités *ad hoc* en procedimientos de anulación de laudos del CIADI.

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO

Profesor del *Institut d'Etudes Politiques* de París (*Sciences Po*) y codirector del Programa *Global Governance Studies*. Fue presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Es miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya y profesor invitado a numerosas universidades del mundo. Es miembro de la delegación de Argentina ante la CNUDMI (Grupo de Trabajo sobre Arbitraje) y árbitro y consultor internacional. Es cocoordinador de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje. Ha publicado más de veinte libros como autor o editor e innumerables artículos sobre Derecho internacional privado, Derecho del comercio internacional, arbitraje y Derecho comparado.

Emmanuel GAILLARD

Profesor del *Institut d'Etudes Politiques* de París (*Sciences Po*). Doctor en Derecho por la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)* y preside el *International Arbitration Institute* y la *International Academy for Arbitration Law*. Socio y líder de la práctica de arbitraje internacional de Shearman & Sterling LLP. Reconocido como uno de los abogados y árbitros más influyentes del mundo. Coautor, junto a Berthold Goldman y Philippe Fouchard, de uno de los libros más importantes sobre arbitraje internacional, es un prolífico autor en la materia. Su curso dictado en la Academia de La Haya de Derecho Inter-

nacional en 2007 ha sido publicado en francés, inglés, español (*Teoría jurídica del arbitraje internacional*), árabe y chino.

João Bosco LEE

Socio del estudio Lee Taube & Gabardo, Sociedade de Advogados en Curitiba. Máster en Derecho Internacional y doctor en Derecho por la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)*. Profesor de arbitraje en la *Universidade Positivo* de Curitiba y profesor visitante en las universidades francesas de *Versailles* y *Paris-Est Créteil (Paris 12)*. Ha participado como abogado y como árbitro en asuntos internacionales. Integrante de la lista brasileña de árbitros del Mercosur. Fue el primer presidente del *Comité Brasileiro de Arbitragem* y presidente de la *Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná*. Es editor de la *Revista Brasileira de Arbitragem* y director de la *Brazilian Branch* de la *International Law Association*.

Fernando MANTILLA SERRANO

Abogado inscrito en Colombia, Nueva York, Madrid y París. Socio de Shearman & Sterling LLP. Licenciado en Derecho y Economía por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, y máster por la *New York University* y por la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)*. Tiene una extensa práctica como abogado y como árbitro, tanto en arbitraje comercial como en arbitraje de inversión. Antes de incorporarse a Shearman & Sterling fue consejero en la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la cci en París, socio de Garrigues en Madrid, asociado de Bracken & Margolin en Nueva York y asesor jurídico de la Asociación Bancaria de Colombia.

Luca RADICATI DI BROZOLO

Profesor de la *Università Cattolica di Milano* y socio de Bonelli Erede Pappalardo, en Milán y Londres. Tanto en la práctica como en la vida académica se ocupa, principalmente, de cuestiones de Derecho internacional privado, arbitraje internacional y competencia, con especial atención en el Derecho de la UE, materias sobre las que ha publicado varios libros y más de cien artículos. Trabajó en la oficina legal del Banco de Pagos Internacionales de Basilea. Correlator del Comité de Arbitraje Internacional de la *International Law Association*. Ha sido profesor visitante en las universidades de Harvard, Cambridge, Libre de Bruselas y París 2, así como en la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Eduardo SILVA ROMERO

Egresado de la Universidad del Rosario, Bogotá, máster y doctor en Derecho por la *Université Panthéon-Assas (Paris 2)*. Su tesis sobre la obra de Wittgenstein tuvo una notable repercusión. Socio de Dechert LLP en París, dedicado a la práctica del arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, en las que tiene también una extensa experiencia como árbitro. Fue secretario general adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Es *maître de conférences* en el *Institut d'Etudes Politiques* de París y enseña también regularmente en varias universidades francesas y latinoamericanas, así como en la *American University* de Washington.

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Introducción

Emmanuel GAILLARD / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO

I. El auge del arbitraje

En las últimas décadas, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad de relaciones jurídicas internacionales, yendo desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estados. De una u otra manera, con diferentes grados de activismo y de institucionalidad, con entusiasmo o a regañadientes, el arbitraje internacional se ha instalado como una opción válida para resolver los litigios y, en ciertos contextos, como la opción preferida. De los varios factores que cooperaron para que fuera posible alcanzar este auge, al menos relativo, del arbitraje, tal vez ninguno de ellos tenga relación con las ventajas predicadas en muchos libros sobre la materia.

Así, la idea tantas veces repetida de que el arbitraje vendría a solucionar ciertos problemas inherentes a la justicia estatal parece desmentirse por la fácil constatación que muestra que el arbitraje se ha desarrollado más y mejor en países en los cuales los tribunales judiciales funcionan razonablemente bien. Piénsese en los casos de Francia, el Reino Unido o Suiza. Lo que sucede en realidad es que el arbitraje es un mecanismo específico para la solución de controversias, especialmente apropiado para muchas de ellas, que aunque tiene lugar fuera del aparato judicial se relaciona de diferentes maneras con el. No debe ser visto en modo alguno como una opción ante (ni, peor, contra) la justicia estatal. Si contra algo compite el arbitraje es contra sí mismo.

Parece, en cambio, que lo que ha resultado decisivo para el desarrollo del arbitraje es la confluencia de la actividad de los actores del comercio internacional y sus organismos representativos, por un lado, y de las organizaciones internacionales y los Estados, por otro. Los primeros vieron en el arbitraje un medio para optimizar sus operaciones comerciales, sobre la base esencial

de una ecuación costos / beneficios respaldada por un despliegue tan notable como efectivo de la autonomía de la voluntad. Los poderes públicos, por su parte, facilitaron el soporte normativo, convencidos, aparentemente, de los efectos positivos del arbitraje tanto sobre la marcha de los negocios como sobre la buena administración de justicia. En este sentido, es evidente el rol primordial desempeñado por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI, dentro de la cual, en realidad, si bien los Estados (como en toda organización internacional) tienen un papel fundamental, se produce una acusada interacción entre éstos y los actores no estatales.

Tomemos, por ejemplo, el sistema simple y expedito para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales previsto en la Convención de Nueva York de 1958. Podremos observar que no sólo tiene un número récord de Estados partes (cerca de ciento cincuenta), sino que además en muchos de esos Estados los requisitos (mínimos) para la eficacia del laudo se aplican también a los que provienen de países que no son partes de la Convención, ya sea porque no se ha hecho la reserva al carácter universal del mismo autorizada en su artículo I.3, o porque dichos requisitos han sido trasplantados a la legislación interna, así como a otros instrumentos internacionales. A esto hay que añadir que el propio texto de Nueva York autoriza la aplicación regímenes menos rigurosos en su artículo VII.1.

Otro tanto puede decirse de la Ley Modelo, que ya ha sido adoptada (en su versión original de 1985 o en la modificada en 2006) en más de sesenta países de todos los continentes y a cuyas disposiciones se les reconoce valor referencial incluso en países que no la han adoptado. Todo esto demuestra que, aun cuando siguen y seguirán habiendo diferentes reglamentaciones positivas concretas en materia de arbitraje y aunque los instrumentos internacionales pueden implementarse e interpretarse con matices más o menos significativos, la comunidad internacional coincide desde hace ya tiempo en reconocer la legitimidad y la efectividad del poder conferido a los árbitros mediante el acuerdo de voluntades de las partes de una controversia. Dicho de otra manera, lo que es objeto de discusión es el alcance de dicho poder, sus límites y las diferentes formas que reviste la interacción entre los árbitros y los poderes públicos; no la razón de ser del arbitraje.

Sin embargo, como casi siempre sucedió con las instituciones políticas y jurídicas que ocuparon un lugar primordial en determinado contexto histórico, arribar a un elevado grado de desarrollo e influencia (cuando no de

preeminencia) suele implicar, paradójicamente, la generación de riesgos para el mantenimiento y hasta para la propia supervivencia de dichas instituciones. El arbitraje no está exento del peligro de morir de éxito. El único antídoto eficaz para ello estriba en seguir cuestionándose acerca de sus virtudes y defectos, en analizar cuidadosamente todos los fenómenos que se producen en torno al mismo, corrigiendo las inequidades y las desviaciones que puedan comprometer su legitimidad y su eficacia. Pese a su aceptación y su auge, o precisamente a causa de ellos, el arbitraje debe reinventarse permanentemente y huir del discurso autocomplaciente que pretende hacer de él el único mecanismo válido para la solución de las controversias jurídicas internacionales, como si los demás sólo pudieran dar como resultado una justicia de menor calidad.

II. Las razones y objetivos de esta publicación

Los motivos anteriores y no otros constituyen la justificación fundamental que nos llevó a pergeñar la presente publicación. El hecho de que existan muchos libros buenos sobre arbitraje no implica que no sea necesario volver a pensar sobre sus cuestiones claves. Justamente, decidimos no elaborar un manual siguiendo la estructura tan clásica como lógica que va desgranando todos y cada uno de los elementos del arbitraje en una secuencia cronológica. Eso está hecho y muy bien hecho.

Preferimos, en cambio, aplicarnos a detectar las más determinantes de esas cuestiones a partir de la observación de la práctica arbitral puesta en relación con las más recientes novedades normativas (de todos los niveles: reglamentos y otros instrumentos de instituciones privadas, instrumentos elaborados por organizaciones internacionales, legislaciones estatales), decisiones arbitrales y judiciales, y discusiones doctrinales. Después de largas y ricas discusiones, llegamos a identificar las que ahora se presentan. Queda para el lector el trabajo de discutir y matizar cada una de ellas poniéndolas en relación con las particularidades de cada manifestación concreta del arbitraje internacional (arbitraje comercial, arbitraje de inversiones, etc.), más allá de que los autores realicen o no en cada caso las distinciones específicas.

Estamos persuadidos de que en un panorama atiborrado de noticias y comentarios sobre las novedades del arbitraje, sean éstas referidas a nuevas legislaciones, a laudos, a decisiones judiciales o a los múltiples eventos y concursos que se producen sin cesar, por no mencionar la cada vez más activa prensa rosa en la materia, resulta imperioso hacerse un momento para pensar

y repensar en las cuestiones esenciales del arbitraje. La reflexión se hace indispensable porque el arbitraje, como si siguiera un mandato bíblico, no para de crecer y multiplicarse, generando en esa vorágine todo tipo de reacciones, desde el entusiasmo militante más incondicional hasta la crítica principista menos fundamentada.

En muchísimos casos (afortunadamente no en todos) tanto entusiastas como críticos se aferran a cuestiones puntuales difícilmente extrapolables o toman acontecimientos producidos en un contexto específico y acotado como indicadores de una situación general, sin advertir que ésta ya cambió o está cambiando a pasos agigantados. Unos y otros suelen rasgarse las vestiduras por lo que consideran, respectivamente, retrocesos inexplicables o avances inadmisibles.

Este libro, en cambio, contiene reflexiones de fondo que trascienden la simple noticia de un nuevo instrumento (por importante que pueda ser) o de la última decisión. No pretende descubrir nada, sino mostrar una visión —o, mejor dicho, varias visiones— del estado actual del arbitraje, de sus perspectivas de evolución y de las razones para aquél y para éstas. La aclaración referida a la variedad de las visiones no es antojadiza. Antes al contrario, incluso el lector menos atento podrá apreciar sin demasiado esfuerzo que los capítulos que componen esta obra ofrecen en más de una ocasión una pluralidad de puntos de vista o, cuando menos, acentos diferentes que no hacen sino reflejar la riqueza del debate en ciernes sobre cada una de las cuestiones tratadas. Nada más lejos de nuestro ánimo que llevar a cabo una tarea “evangelizadora” acerca de supuestas o reales bondades innatas y beatíficas del arbitraje. No siendo ese nuestro cometido, no existe razón alguna para simular una concepción monolítica del arbitraje, que no existe ni tiene por qué existir.

III. El contenido de este libro

La primera de las cuestiones abordadas consiste, ni más ni menos, en repensar la esencia del arbitraje a través del análisis de las “representaciones” posibles de este mecanismo para la solución de controversias: la que concibe al arbitraje como un componente del ordenamiento jurídico del Estado sede del arbitraje, con la consecuente sujeción de los árbitros, del procedimiento arbitral y de los laudos dictados por aquéllos a dicho ordenamiento y a dicha jurisdicción; la que postula que el Estado de la sede comparte su poder sobre el arbitraje con los Estados en los cuales la decisión arbitral debe surtir efectos, visión más “cosmopolita”

que asume que todos los ordenamientos que de alguna manera se vinculen con un arbitraje pueden legítimamente pronunciarse acerca de la validez y eficacia del laudo arbitral; y, por último, la que afirma la existencia de un “orden jurídico arbitral transnacional”, basada en el entendimiento que el Estado, sea sólo el de la sede o sean los diferentes Estados vinculados con el arbitraje, no es la referencia esencial, desde el momento en que los árbitros no imparten justicia en nombre de ellos, sino “al servicio de la comunidad internacional”.

Aunque el autor del capítulo respectivo (Emmanuel Gaillard) adscribe claramente a la última representación, lo verdaderamente importante de su planteo no es su posición personal, sino las posibilidades que ofrece para justificar los fundamentos del poder de los árbitros, así como las diferentes consecuencias prácticas que se pueden producir en relación con diversos aspectos del arbitraje según se adopte una u otra de dichas representaciones. Muchas de las disquisiciones que se desgranar en los capítulos siguientes expresan, aun sin mencionarlo, la oportunidad de este análisis.

Una cuestión clave de gran actualidad en el arbitraje internacional es la referida a las cualidades y la conducta de los árbitros, sobre las cuales reposa en gran medida, tanto en sentido institucional como funcional, la credibilidad del arbitraje. En su dimensión individual, la credibilidad se manifiesta en la confianza que una persona puede provocar entre los usuarios del arbitraje o las instituciones arbitrales para ser nombrado árbitro. En su dimensión colectiva, la credibilidad se relaciona con el prestigio del arbitraje en cuanto mecanismo para la solución de diferendos y tiene mucho que ver con la percepción que se tiene en general de los árbitros y del arbitraje y, al fin de cuentas, con su misma legitimidad. Obviamente, la independencia y la imparcialidad de los árbitros, junto con su profesionalismo, interesan en ambas dimensiones.

En términos generales, la imparcialidad parece más importante que la independencia. El problema es que aquélla es muy difícil de constatar debido a su carácter esencialmente subjetivo. Es por eso que la independencia se convierte en una suerte de índice objetivo para impedir la parcialidad. Fernando Mantilla Serrano desmenuza los inconvenientes que se encuentran en la utilización de dicho índice y brinda varias claves a tener en cuenta al escrutar las relaciones de los árbitros con las partes y con sus abogados.

Los dos capítulos siguientes se ocupan de la dinámica del acuerdo de arbitraje en sus dos facetas que más interés despiertan actualmente: la extensión del acuerdo de arbitraje a los no signatarios y el efecto negativo de la

competencia-competencia. La primera viene al caso para insistir en que las diferentes visiones de la misma cuestión arbitral no son una excentricidad de los autores reunidos en este libro, sino que a menudo están enraizadas en las distintas tradiciones jurídicas, lo cual se refleja en algunas sentencias judiciales. Eso es lo que sucede respecto de la sensible cuestión tratada por Antonias Dimolitsa, la cual gira en torno de la existencia misma del consentimiento para someterse a arbitraje.

La segunda representa uno de los hitos de la evolución del arbitraje moderno, que ha supuesto una salvaguarda eficaz contra el bloqueo indebido del procedimiento arbitral en todos los países en los que tal efecto negativo se ha consolidado en la práctica. En algunos de ellos, la interpretación dada a ciertas nociones procesales particulares ha dificultado la afirmación de este principio esencial, incluso después de su consagración positiva, como lo pone de relieve Yas Banifatemi en relación con algunos países latinoamericanos.

Aunque no se trata de una cuestión que se plantea en todos los arbitrajes, el problema de la adopción de medidas cautelares por los árbitros es también de crucial importancia. El reconocimiento de dicho poder es producto de una larga evolución no exenta de profundos cuestionamientos. No por azar este tema constituyó el motivo central de la reforma de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, así como no es casual que una reforma materialmente tan acotada haya demandado tanto tiempo y tantas discusiones. Además, como en tantos otros casos, el hecho de que un Estado autorice legislativamente a los árbitros a dictar medidas cautelares no asegura una aplicación práctica satisfactoria, ya sea por insuficiencias propias de los textos legislativos, ya sea por las rígidas interpretaciones judiciales a que éstos son sometidos. João Bosco Lee y Rafael Francisco Alves se ocupan de esta cuestión, centrando su atención en lo que viene sucediendo en América Latina, donde los condicionamientos impuestos tradicionalmente a legisladores y jueces en esta materia tienden a despejarse.

Al igual que el problema que venimos de comentar, también el tema de los recursos en el arbitraje se desarrolla sobre la base de las definiciones que se hagan respecto de las relaciones entre el arbitraje y la justicia estatal. Todos los Estados tienen la facultad de establecer determinados mecanismos de “control” del arbitraje y de definir las modalidades según las cuales podrán o deberán ejercerse. Pero lo que no ha de escapar a ningún legislador avisado es que el brazo de tales mecanismos llegará tan lejos como llegue el poder jurisdiccional

del Estado. En otros términos, la efectividad del control del arbitraje, por muy aguerrido que dicho control pretenda ser, podrá ser sólo parcial o totalmente inexistente respecto del laudo arbitral que no necesite ejecutarse en el Estado que ejerce el control. Sobre esas premisas, Roque Caivano explica cómo y por qué se va extendiendo en el arbitraje internacional la tendencia a aceptar la renuncia a invocar alguna o todas las causales de nulidad en el país de la sede del arbitraje.

Muy diferentes a las anteriores son las preocupaciones de fondo suscitadas por la siguiente cuestión clave incluida en el libro, la referida a la confidencialidad del arbitraje. En efecto, aquí los problemas no parecen surgir de la consolidación de un principio, sino precisamente de su debilitamiento, cuando no directamente de su abandono. Según explica Eduardo Silva Romero, la confidencialidad se ha convertido en un problema de técnica contractual, lo que significa que el viejo dogma de la confidencialidad como elemento consustancial del arbitraje ya no es tan sólido e indiscutible y que si las partes quieren asegurarse ese beneficio deben realizar una cuidadosa profilaxis del caso.

Incluso, aunque lleguen a un acuerdo al respecto, las partes harán bien en saber que la confidencialidad pactada no tendrá carácter absoluto, al menos en la medida en que la transparencia de la actividad del tribunal arbitral se identifique como un bien necesario de ser salvaguardado. La discusión entonces se desplaza a la internalización de las actuales exigencias de transparencia y al aporte de ideas para evitar que dichas exigencias provoquen más problemas que los que pretenden solucionar.

En lo que se refiere a la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, que la autonomía de la voluntad alcance su apogeo en el seno del arbitraje tiene una evidente razón de ser, toda vez que la existencia misma de todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, las cuales, además (al menos en la concepción moderna del arbitraje), tienen la facultad de pactar prácticamente todos sus aspectos. Reconocido a las partes el derecho de determinar el alcance de la controversia, de elegir los árbitros, el lugar del arbitraje y las particularidades del procedimiento arbitral y, sobre todo, el derecho de recurrir al arbitraje *ex aequo et bono*, sería contradictorio, por no decir absurdo, negarles la elección del Derecho aplicable al fondo. De tan lógica, esa cuestión no suscita ya ningún tipo de dudas y viene recogida en todas las reglamentaciones de arbitraje.

Los riesgos que podría generar, desde la perspectiva de los poderes públicos, el reconocimiento de tan amplias facultades a las partes en el arbitraje

internacional, serían contrarrestados, en cierto modo, por el alcance que brindan los árbitros a las normas imperativas. De este modo, además de conceder menos margen para la anulación del laudo, los árbitros estarían realizando una política proarbitraje enviando a los Estados un mensaje de que el arbitraje no se desentiende de las definiciones fundamentales de política legislativa adoptada por éstos. El problema, como bien lo señala Luca Radicati di Brozolo, pasa por la determinación de cuáles son las normas imperativas que los árbitros deben aplicar o tomar en consideración. El parámetro esencial consistiría, según nuestro parecer, en que la aplicación de tales normas no sea incompatible con los principios de orden público transnacional generalmente aceptados.

La última de las cuestiones claves individualizadas y analizadas en el libro es la que se ocupa de la elaboración de la jurisprudencia arbitral. Por rara que la expresión siga sonando en algunos oídos, de lo que se trata es de discutir si resulta conveniente y hasta imprescindible que los árbitros, más allá de toda obligación legal de hacerlo, tengan en cuenta las decisiones adoptadas sobre la misma cuestión por tribunales arbitrales anteriores. Lo que la práctica muestra es que en la medida en que los árbitros disponen de esa información, la tendencia es a tomarla cuidadosamente en consideración e incluso a reproducirla, con los matices necesarios, en el caso singular que les toca decidir. Para el autor de este capítulo (Diego P. Fernández Arroyo), se trata de una tendencia que debería potenciarse.

En efecto, a pesar de las dificultades a las que se enfrentan los árbitros para contribuir a la consolidación de una jurisprudencia arbitral, es evidente que ésta contribuye, en primer lugar, a un mayor índice de coherencia, lo cual es decididamente relevante dado el rol central desempeñado por el arbitraje en el panorama de los mecanismos para la solución de conflictos internacionales. Al mismo tiempo, el respeto al precedente redundaría en la generalidad de los casos en una mejora del Derecho arbitral, dado que las soluciones solventes tienden a imponerse sobre las injustas o defectuosas.

IV. El libro y la evolución del arbitraje en América Latina

Aunque, como pudimos ver, sólo dos capítulos focalizan deliberadamente su atención sobre América Latina, el idioma utilizado y el lugar de edición son indicios obvios que conducen a la identificación de la comunidad que es destinataria primordial (aunque no exclusiva) de esta publicación. El motivo de esta elección es que, a pesar de que las razones y objetivos descritos más arriba son

universales, en el sentido de que pueden aplicarse indistintamente a cualquier región del mundo, es en América Latina donde el arbitraje internacional ha experimentado la evolución más dramática y vertiginosa en las últimas décadas.

Si bien a la luz de múltiples datos históricos es difícil compartir la idea según la cual en esta región existió una hostilidad esencial e indiscriminada respecto del arbitraje internacional (el cual ha existido y se ha practicado siempre, incluso antes de las independencias de las naciones latinoamericanas), no caben dudas de que el enraizamiento de determinadas concepciones procesales importadas de Europa conspiró tradicionalmente contra la consolidación de la eficacia y la flexibilidad del arbitraje, características por antonomasia del arbitraje moderno. Esta situación ha cambiado abruptamente.

No sólo todos los Estados de la región se incorporaron a la Convención de Nueva York de 1958 y casi todos a la Convención de Panamá de 1975, sino que diecisiete de los veinte Estados latinoamericanos han adoptado a esta fecha legislaciones de arbitraje que, más allá de sus virtudes y defectos, tienen como denominador común (no sin matices) la ruptura con el formalismo exacerbado de la mencionada tradición procesal. Como resultado de este cambio, en varios países el arbitraje está experimentando una expansión difícil de imaginar pocos años atrás. Al mismo tiempo, la complicada relación con el arbitraje con participación estatal (pueda estrictamente considerarse como arbitraje de inversiones o no) ha colocado la impresionante evolución del arbitraje en su conjunto bajo el escrutinio público, sometiénolo a tensiones que en ocasiones tienen más que ver con generalizaciones inapropiadas de situaciones particulares más que con problemas estructurales.

En ese contexto, sobrecargado de novedades de última hora a menudo difíciles de descifrar y de digerir, nos parece que la reflexión sosegada sobre las cuestiones claves incluidas en este volumen puede constituir un aporte, ojalá útil, tanto a las discusiones actualmente en curso en varios países de la región en vistas a concretar o continuar la modernización del Derecho arbitral, como a la que tendría que darse respecto de la función que debe desempeñar el arbitraje en cuanto instrumento esencial de la gobernanza global. Si el libro sirve para enriquecer esos debates, brindando más y mejores argumentos en esta hora crucial a académicos y prácticos, a jueces, árbitros y responsables de instituciones arbitrales, a legisladores y funcionarios de organizaciones internacionales, habremos cumplido con creces nuestro cometido.

Las representaciones del arbitraje internacional*

Emmanuel GAILLARD

I. Introducción

Por lo general las discusiones respecto del arbitraje internacional versan sobre cuestiones de naturaleza principalmente técnica, tales como quién puede ser llamado como testigo en un arbitraje internacional o si deben presentarse alegatos escritos de conclusión y, en tal caso, si debe hacerse de manera simultánea o consecutiva o si los árbitros pueden aplicar normas imperativas. Poco se dice en cambio de la concepción o representación mental del arbitraje internacional y los fundamentos filosóficos sobre los que este descansa. Podría pensarse que en el debate sobre cuestiones técnicas del arbitraje, los cuestionamientos filosóficos constituirían un ejercicio académico cuya utilidad práctica fuera altamente cuestionable.

En efecto, al hablar de representaciones mentales, definidas por la Enciclopedia de Filosofía de Stanford como “una construcción teórica de las ciencias cognoscitivas”, que constituye como tal “un concepto básico de la teoría Computacional de la Mente, conforme a la cual los estados y procesos cognoscitivos se constituyen como resultado de la ocurrencia, transformación y almacenamiento (en la mente o cerebro) de estructuras-contentivas de información (representaciones) de una clase u otra”,¹ los espíritus más pragmáticos pueden reaccionar con una cierta reticencia, por no decir urticaria, preguntándose qué utilidad tiene este concepto en el campo del arbitraje.

*El presente capítulo se basa en dos artículos anteriormente publicados por el autor: “The representations of international arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-11, y “L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité”, Conferencia conmemorativa J.E.C. BRIERLY, *Revue de Droit de McGill*, vol. 55, n° 4, 2010, pp. 891-910.

Ximena Herrera-Bernal, abogada de Shearman & Sterling LLP en París, colaboró en la preparación de este capítulo.

¹ Véase “Mental representation” en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/mental-representation/>, revisado el 10/07/2012.

No obstante, la utilidad de identificar las diversas visiones o representaciones mentales del arbitraje trasciende por mucho los aspectos meramente académicos. En efecto, resulta casi un pleonismo señalar que la manera como se concibe un fenómeno o idea informa no sólo su definición, sino también las consecuencias que de ella se derivan.

El arbitraje internacional no es una excepción a esta regla. En realidad las discusiones y soluciones prácticas a las que llegan diversos autores y operadores del campo del arbitraje internacional, a veces de manera consciente y en ocasiones de manera menos consciente, se alinean de conformidad con las particulares visiones del arbitraje internacional. A menudo, los debates técnicos se manejan como disociados de los presupuestos o sustratos ideológicos que sustentan las diversas concepciones del arbitraje, ignorando que las respuestas a los mismos en realidad dependen precisamente de la concepción del arbitraje que se tenga. Es en este punto que la manera como se aprehende el fenómeno del arbitraje internacional tiene particular relevancia.

Estas páginas buscan contextualizar el análisis y la aplicación de la noción de representación en el campo del arbitraje internacional, delinear las tres concepciones existentes sobre el arbitraje internacional, su carácter de representaciones y esbozar las consecuencias que de ellas se derivan, para luego adentrarse un poco más en la tercera representación: el ordenamiento jurídico arbitral.

No huelga anotar que resulta imposible, además de arriesgado, desarrollar en unas cuantas páginas cuestiones tan complejas como son las representaciones del arbitraje internacional. Por ello, este capítulo constituye, no un estudio exhaustivo y completo, sino más un abrebocas que busca suscitar la curiosidad de los lectores y poner de presente la crucial importancia de los sustratos que informan cada representación.²

² Para una visión completa de los principios filosóficos del arbitraje internacional, véase la obra del autor: E. GAILLARD, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Asunción, CEDEP / La Ley-Thompson, 2010. Obra basada en el curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en el verano de 2007 y publicada primero en francés como *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

II. La noción de representación y su aplicación al arbitraje internacional

Como señalaba en las líneas introductorias, al aprehender un fenómeno y estructurarlo, la mente adopta una visión o representación del mismo. Como tal, es claro que no existe una única representación o visión del arbitraje internacional, sino diferentes concepciones del mismo. De allí que diversos autores confluyan sobre ciertos puntos y difieran en otros.

Adicionalmente, cuando se habla de una representación o ideología no se analiza desde un punto de vista de si tal o cual representación es verdadera o falsa, sino solamente desde el punto de vista de su eficacia o ineficacia.³

Cabe anotar, asimismo, que no toda controversia o idea relativa al arbitraje puede ser calificada de representación. Para poder calificarse de representación es necesario que la misma aprehenda la totalidad de un fenómeno y que presente una coherencia interna, de lo contrario equivaldrá a una falacia lógica. Igualmente, en lo que respecta a una representación en el campo del arbitraje internacional, esta no necesita ser aprehendida de una manera consciente o expresa. Como toda construcción mental, puede ser el resultado de una opción consciente o del alineamiento con una ideología. Es decir, el proceso consciente de adoptar una representación no es una característica que defina una representación.

1. Capacidad para aprehender la totalidad de un fenómeno

Solamente una representación del arbitraje que permita dar respuesta a la totalidad de las cuestiones que surgen en el campo del arbitraje internacional —incluidas las más complejas, relativas a la legitimidad del procedimiento arbitral y la fuente que otorga validez al convenio arbitral y al eventual laudo arbitral— puede denominarse una representación del arbitraje internacional.

Es por ello que, por ejemplo, la *lex mercatoria* no puede ser calificada de una representación del arbitraje. Los debates relativos a ésta se centran en determinar cuál es el Derecho aplicable al fondo de la controversia o al procedimiento arbitral. Las controversias al respecto versan sobre la posibilidad de los árbitros de determinar el Derecho aplicable mediante normas de conflicto de leyes de un país diferente a aquel de la sede del arbitraje o giran

³ Sobre las características de la ideología, véase J. BAECHLER, *Qu'est-ce que l'idéologie?*, Collection Idées, Paris, Gallimard, 1976.

en torno a si los árbitros pueden aplicar normas jurídicas distintas a aquellas de un Estado determinado o, incluso, si pueden alejarse del procedimiento usualmente seguido por las cortes del país de la sede. Al enfocarse de manera exclusiva en estas materias, la *lex mercatoria* pasa por alto la cuestión fundamental de la fuente del poder de juzgar de los árbitros. En efecto, no basta con referirse a las nociones de autonomía de la partes o a la naturaleza contractual del arbitraje para dar respuesta a este punto. Estas aseveraciones funcionan como un sofisma de distracción ya que la cuestión sigue irresoluta al no establecerse cuál es el origen y fundamento último del principio de autonomía de las partes. Por el contrario, las tres representaciones del arbitraje, que se describen más adelante, proporcionan una respuesta sobre la fuente del poder de los árbitros.

2. Consistencia interna

El pecado capital en todo sistema de lógica es la inconsistencia, de allí que una acusación de inconsistencia ponga en jaque el valor intrínseco de cada una de las diversas representaciones sobre el arbitraje internacional.

El ejemplo de las *anti-suit injunctions* (órdenes conminatorias) constituye quizás el test más estricto respecto de la coherencia interna de una representación. Así, si se adhiere a la noción monolocalizadora del arbitraje internacional⁴ y se entiende que la validez y legitimidad del arbitraje se halla en el ordenamiento jurídico del lugar donde se desarrolla el arbitraje, la adopción de *anti-suit injunctions* por parte de las cortes de la sede posee consecuencias de particular importancia. El caso CCI *Saipem c. Petrobangla*⁵ ilustra de manera particularmente clara los peligros que la visión monolocalizadora entraña a este respecto. En el caso referido, la entidad estatal, *Petrobangla*, como demandada, solicitó al tribunal arbitral, compuesto por los señores Werner Melis, Ricardo Luzzato e Ian Brownlie, ordenar a *Saipem* la entrega de ciertos documentos. El tribunal, en ejercicio de su discreción en el manejo del procedimiento, rechazó esta solicitud. *Petrobangla* acudió, entonces, ante

⁴ Véase sección III *infra*.

⁵ Véase Caso CCI n° 7934/CK, no publicado, pero descrito en la Decisión sobre jurisdicción y medidas provisionales de 21/03/2007, Caso CIADI n° ARB/05/07, *Saipem SpA c. Bangladesh*, así como el Laudo de 30/06/2009. Ambos documentos están disponibles en *Investment Claims e ITA - Investment Treaty Arbitration*, <http://www.investmentclaims.com>; <http://italaw.com/cases/951>, revisado el 10/07/2012.

las cortes de Dhaka, sede del arbitraje, que revocaron la autoridad del tribunal arbitral para conducir el procedimiento arbitral y conminaron a *Saipem* a no proseguir con el arbitraje.⁶ El tribunal arbitral consideró que la recusación de sus miembros era competencia de la Corte Internacional del Arbitraje de la CCI —sobre las bases establecidas en el Reglamento de dicha institución, que fueran aceptadas por las partes— y no de la jurisdicción local. En consecuencia, procedió con el arbitraje y profirió un laudo sobre el fondo, el 9 de mayo de 2003, condenando a *Petrobangla* por incumplimiento contractual y ordenándole pagar a *Saipem* la correspondiente compensación pecuniaria. *Petrobangla* acudió nuevamente a la jurisdicción local para lograr la anulación del laudo, ante lo cual la Corte Suprema de Bangladesh conceptuó que la petición no era admisible toda vez que “un laudo inexistente no puede ser ni anulado ni ejecutado”.⁷

Cabe anotar que autores como Jean-François Poudret y Sébastien Besson estiman que “la *lex arbitri* (el ordenamiento jurídico de la sede) es el fundamento legal primario de la efectividad del convenio arbitral y que los árbitros no poseen discreción para ignorar las *injunctions* dictadas por las cortes de la sede del arbitraje. Por el contrario deben acatar dichas ordenes, a menos de que sean manifiestamente abusivas”.⁸

De acuerdo con este razonamiento, la validez del arbitraje se basa en el ordenamiento jurídico de la sede, excepción hecha de aquellos casos donde las órdenes emanadas de sus cortes son manifiestamente abusivas. El razonamiento no explica, sin embargo, de dónde se deriva la naturaleza vinculante de dicha excepción. Obviamente, el fundamento de ésta no puede hallarse en el ordenamiento jurídico de la sede cuyas cortes son las voceras del mismo. De hecho, cabe preguntarse si, en realidad, esta excepción no entraña una

⁶ Véase la decisión en *ASA Bull.*, vol. 18, n° 4, 2000, pp. 821-828, y la sugerencia en los comentarios a la misma de que la única manera de mantener la integridad del procedimiento sería mediante el desplazamiento de la sede del arbitraje. Véase, de igual forma, dentro de una visión característica de la visión monolocalizadora, los comentarios de M. SCHERER, “The place or ‘seat’ of arbitration (possibility, and/or sometimes necessity of its transfer?) – Some remarks on the award in ICC Arbitration n° 10623”, *ASA Bull.*, vol. 21, n° 1, 2003, pp. 112-119.

⁷ Véase *Saipem SpA c. Bangladesh*, Decisión sobre jurisdicción y medidas provisionales de 21/03/2007, Caso CIADI n° ARB/05/07 (nota 5), (traducción del autor).

⁸ J. F. POUDRET / S. BESSON, *Comparative law of international arbitration*, London, Thomson Sweet & Maxwell – Schulthess, 2007, parágrafo 146a, p. 117 (traducción del autor).